

# AS TUTELAS DE URGÊNCIA COMO GARANTIA DA JURISDIÇÃO E DE INCLUSÃO SOCIAL – TUTELA CAUTELAR, ANTECIPATÓRIA E MANDAMENTAL

JOSÉ ANTÔNIO RIBEIRO DE OLIVEIRA SILVA\*

**Resumo:** A EC nº 45/04 assegurou a todos os jurisdicionados mais uma garantia fundamental, a da razoável duração do processo ou da efetividade da jurisdição (inciso LXXVIII do art. 5º CF/88). Diante disso temos de identificar quais os meios processuais que já temos à disposição dos atores jurídicos e podem ser utilizados para a consecução da efetividade do processo, até que venham leis mais modernas.

Daí a importância significativa que assumem doravante as *tutelas de urgência* no ramo do processo, pois que são meios utilíssimos para se garantir a eficácia da prestação jurisdicional, propiciando verdadeira *inclusão social* de pessoas que precisam se prevenir de ataques aos seus direitos, tendo esses direitos tutelados, boa parte das vezes, uma função alimentar.

Por isso propomos um estudo comparativo das tutelas de urgência ou preventivas, demonstrando que, se bem empregadas, *podem garantir a própria função jurisdicional do Estado*. Após a diferenciação científica entre a tutela definitiva e a tutela provisória, fazemos a distinção das espécies de tutela provisória (tutela cautelar e tutela antecipada), após o que traçamos um quadro comparativo das tutelas de urgência, que compreendem não somente as medidas liminares e antecipatórias, mas também as tutelas de mérito da ação cautelar e da ação de mandado de segurança, analisando a natureza jurídica de cada uma delas, as hipóteses de seu cabimento, qual órgão judiciário tem competência para o conhecimento da medida, os requisitos ou pressupostos para o seu deferimento, a prova para a obtenção da tutela, o procedimento aplicável, a medida liminar, o momento processual em que pode ser deferida, a natureza jurídica da decisão, os recursos que podem ser interpostos contra a decisão, a coisa julgada e, por fim, a execução ou cumprimento da medida.

**Sumário:** 1 Considerações iniciais; 2 A classificação clássica das ações; 3 Relatividade da classificação clássica; 4 Nova concepção; 5 Espécies de tutela provisória; 6 Quadro comparativo das tutelas de urgência; 6.1 Natureza jurídica; 6.2 Cabimento; 6.3 Competência; 6.4 Pressupostos; 6.5 Prova; 6.6 Procedimento; 6.7 Liminar; 6.8 Momento processual; 6.9 Decisão de mérito; 6.10 Recursos; 6.11 Coisa julgada; 6.12 Execução ou cumprimento; 7 Conclusão.

**Palavras-chave:** Tutelas de Urgência: Cautelar, Tutela Antecipada e Mandado de Segurança.

(\*) José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva é Juiz do Trabalho, Titular da Vara do Trabalho de Barretos (SP), Mestrando em Direito das Obrigações pela UNESP e Professor do CAMAT – Curso Avançado para a Magistratura do Trabalho em Ribeirão Preto (SP)

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Emenda Constitucional nº 45, publicada em 31 de dezembro de 2004, assegurou a todos os jurisdicionados mais uma garantia fundamental, qual seja, a da *razoável duração do processo*<sup>1</sup>, com a inserção do inciso LXXVIII no art. 5º da Carta Política de 1988, que tem a seguinte redação:

“Art. 5º (...)

“LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”<sup>2</sup>.

Pois bem, diante dessa promessa constitucional temos de identificar quais os meios processuais que já temos à disposição dos atores jurídicos<sup>3</sup> e podem ser utilizados para a consecução da efetividade do processo<sup>4</sup>, até que venham leis mais modernas e estabeleçam outros meios para que, na prática, haja como se garantir a todas as

pessoas que demandam no Judiciário a tão desejada efetividade processual.

Daí a importância significativa que assumem doravante as *tutelas de urgência* no ramo do processo, com sua exata compreensão e aplicação quando for o caso, dado que, na colisão dos princípios da segurança jurídica e da efetividade, quando estamos no campo das tutelas de urgência sempre se terá de dar maior atenção ao último, porquanto nesse terreno o que se busca é uma proteção contra a ameaça de lesão ao direito, que ainda não ocorreu e precisa ser evitada.

A tutela jurisdicional não é assegurada apenas para uma função reparatória da lesão já perpetrada ao direito. É também assegurada com caráter preventivo, protegendo-se o direito da ameaça de lesão. Por isso que o art. 5º, inciso XXXV, da Carta Fundamental assegura a todos que o legislador (ou ninguém) possa excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça

<sup>1</sup>E já se fala até mesmo em *princípio da razoável duração do processo*. Pensamos que a norma constitucional assegurou de forma expressa a *efetividade da tutela jurisdicional*, daí porque o princípio norteador é o da *efetividade*, para o que se torna imprescindível a celeridade do trâmite do processo, já que a demora do curso processual, com toda a liturgia procedimental, é a maior inimiga da obtenção de resultado útil e eficaz. Na lição de Barbosa Moreira, um dos maiores estudiosos do tema, a efetividade do processo deve atender aos seguintes aspectos: 1) o processo deve dispor de instrumentos para a tutela de todos os direitos; 2) esses instrumentos devem estar disponíveis para que possam ser utilizados por quaisquer pessoas na tutela de seus direitos; 3) devem oferecer condições de reconstituição exata e completa dos fatos para a formação do convencimento do julgador; 4) devem propiciar o efetivo gozo da específica utilidade (do direito) reconhecida na decisão; 5) o resultado do processo (a satisfação) deve ser atingido com o mínimo dispêndio de tempo e de energias. *Apud* Jorge Luiz Souto Maior. *Direito processual do trabalho: efetividade, acesso à justiça e procedimento oral*. São Paulo: LTr, 1998, p. 17-18.

<sup>2</sup>Mário Vitor Suarez Lojo lembra que o Anteprojeto de Código Processual do Trabalho de Russomano, publicado em 11-3-63, já continha disposições no sentido da efetividade do processo, quando em seu art. 7º disciplinava que o juiz do trabalho, como diretor do processo, deveria zelar pela necessidade de que o julgamento fosse imediato, e no art. 8º dispunha que o juiz deveria zelar pela economia processual e, sobretudo, pela concentração dos atos judiciais, sendo que a desobediência a esse princípio fundamental do processo trabalhista constituiria falta disciplinar, salvo motivo de força maior devidamente comprovado. *Plenitude da Justiça do Trabalho*. Revista LTr, São Paulo, ano 69, nº 01, jan. 2005, p. 93.

<sup>3</sup>Preferimos esta expressão à largamente utilizada *operadores do direito*, conquanto tenham juízes, promotores, procuradores e advogados inúmeras vezes de fazer arriscadas *operações cirúrgicas* para extrair um resultado útil do processo.

<sup>4</sup>Mozart Victor Russomano já afirmava no século passado que o processo do trabalho tinha plena aptidão para assegurar a solução rápida das causas, com suas especificidades, que podem ser sintetizadas da seguinte forma: a) a informalidade do processo laboral, ao contrário do processo comum; b) as peculiaridades de seu rito; c) a adaptação das normas do CPC aos princípios do processo do trabalho sempre que neste empregadas de forma supletiva. E acrescentava que essas características podem ser reduzidas à conciliabilidade e à oralidade, sobretudo com a predominância da forma oral dos atos processuais, da concentração da prática desses atos em audiência una e na irrecorribilidade das decisões interlocutórias (que o processo civil ainda não teve coragem de adotar). *In Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Vol. IV, 4ª ed., Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957, p. 1145-1147.

de lesão a direito – a garantia constitucional do acesso à justiça. De modo que o estudo, compreensão e aplicação correta das medidas cautelares, da antecipação de tutela e do mandado de segurança se tornam agora ainda mais necessários.

É o que nos propomos a estudar neste breve ensaio sobre as tutelas de urgência, que são meios utilíssimos para se garantir a eficácia da prestação jurisdicional, propiciando, mormente na seara trabalhista, verdadeira *inclusão social* de pessoas que precisam se prevenir de ataques aos seus direitos, tendo esses direitos tutelados, boa parte das vezes, uma função alimentar. E o faremos com uma abordagem da teoria clássica das ações, para em seguida demonstrar a sua relatividade, propondo a partir daí um estudo comparativo das tutelas de urgência ou preventivas, demonstrando que, se bem empregadas, *podem garantir a própria função jurisdicional do Estado*.

## 2 A CLASSIFICAÇÃO CLÁSSICA DAS AÇÕES

Antes de procedermos ao estudo comparativo proposto, temos de recordar a teoria clássica das ações judiciais<sup>5</sup>, a fim de que possamos situar tal análise no tempo e no espaço que nos é próprio: o do processo.

Pois bem, de acordo com a classificação clássica das ações, elas se subdividem em: a) ação de conhecimento; b) ação de execução; c) e ação cautelar.

Essa classificação, como se sabe, leva em conta a espécie de tutela jurisdicional postulada quando do ajuizamento da ação. Quando o autor se vale do seu direito constitucional de ação (art. 5º, inciso XXXV, da CF), busca do Estado tutela a um seu interesse ou direito, vale dizer, procura proteção ao seu direito individual. E, provocada a jurisdição, tem o Estado o poder-dever de prestar a tutela, para a justa composição da lide, na expressão de Carnelutti<sup>6</sup>, pois este é o escopo jurídico do processo.

Assim é que na ação de conhecimento pretende o autor uma definição sobre o seu direito, uma certificação da sua existência, ou mesmo a constituição desse direito, ou ainda a condenação do réu ao cumprimento de sua obrigação, isto é, à satisfação do direito vindicado. Por isso se fala em ação declaratória, constitutiva e condenatória. Já na ação executiva o que pretende o autor é tornar efetivo o direito certificado pela tutela cognitiva, ou seja, a satisfação em concreto do seu direito. Daí a simbologia expressada por Calamandrei<sup>7</sup>: a justiça é apresentada portando a balança e a espada,

a balança para o conhecimento equilibrado da relação jurídica, a espada para o caso de o Estado ter de atuar firmemente com vistas à efetiva entrega da prestação jurisdicional.

Ocorre que por vezes se faz necessária uma atuação preventiva, para assegurar

*“...as tutelas de urgência,  
que são meios utilíssimos para  
se garantir a eficácia da  
prestação jurisdicional,  
propiciando, mormente  
na seara trabalhista,  
verdadeira inclusão social de  
pessoas que precisam se prevenir  
de ataques aos seus direitos,  
tendo esses direitos tutelados,  
boa parte das vezes,  
uma função alimentar.”*

<sup>5</sup>No VIII Concurso Público para Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 18ª Região (Goiás), na prova escrita (dissertativa), realizada em 6-7-2002, uma das questões era a que segue: “(5) Descreva os elementos identificadores das ações de conhecimento, executiva, cautelar e mandamental.” Veja-se a importância do tema em estudo.

<sup>6</sup>Apud Cândido Rangel Dinamarco *et al. Teoria geral do processo*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 127.

<sup>7</sup>Apud Teori Albino Zavascki. *Antecipação da tutela*. 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 7-8.

o resultado útil da tutela de conhecimento ou de execução, exsurgindo um *tertium genus* na classificação das ações: a ação cautelar, através da qual, portanto, busca o autor uma tutela de igual natureza, de modo que se possa assegurar um resultado útil ao processo, na lição de Liebman<sup>8</sup>. Visa o autor uma tutela da prova a ser produzida no processo de conhecimento (ex.: produção antecipada de prova) ou uma tutela da execução (ex.: cautelar de arresto).

### 3 RELATIVIDADE DA CLASSIFICAÇÃO CLÁSSICA

Mas, como sustentou com maestria Teori Albino Zavascki, Ministro do E. Superior Tribunal de Justiça e Professor de Processo Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em sua excelente obra já mencionada em nota anterior, é extremamente relativa a segmentação da tutela jurisdicional, considerando as espécies clássicas já mencionadas (tutela cognitiva, executiva e cautelar).

Pontes de Miranda já oferecera uma classificação distinta da clássica tripartite, conhecida como quinária<sup>9</sup>, tratando das ações declaratória, constitutiva, condenatória, executiva *lato sensu* e mandamental. A cautelar está compreendida na ação executiva *lato sensu*, ao passo que a ação mandamental é aquela em que pretende o

autor uma tutela de mandamento, de determinação de cumprimento imediato, *incontinenti*<sup>10</sup>, porque, como diz Kazuo Watanabe, através do provimento mandamental é imposta uma ordem ao demandado, que deve ser cumprida sob pena de configuração de crime de desobediência<sup>11</sup>.

Teori Albino Zavascki apresenta exemplos para demonstrar a relatividade da classificação clássica: a) na ação de conhecimento pode haver tutela cautelar (art. 266 do CPC)<sup>12</sup> e de execução (ação de depósito, que é executiva *lato sensu*); b) na ação executiva pode se dar atividade de conhecimento (exceção de pré-executividade, em que se discute matéria própria da ação de embargos) e de natureza cautelar (pré-penhora – o arresto do art. 653 do CPC); c) na ação cautelar pode haver atividade de cognição (pronúncia da decadência ou da prescrição – art. 810 do CPC)<sup>13</sup> e, acrescentamos, também de execução, como se dá na efetivação do arresto.

E arremata sua crítica à classificação tradicional das ações analisando o teor do art. 461 do CPC, porque atualmente, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, foram reunidas, em procedimento unificado, as atividades de cognição e de execução, passando referida ação a ter característica

<sup>8</sup>*Idem*, p. 9.

<sup>9</sup>*Apud* Kazuo Watanabe. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed., Campinas: Bookseller, 2000, p. 37-38.

<sup>10</sup>O exemplo clássico de ação mandamental é o mandado de segurança, mas existem outras medidas com a mesma carga de eficácia. Dinamarco afirma que as ações condenatórias de obrigação de fazer ou de não fazer, disciplinadas no art. 461 do CPC e no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, são mandamentais, tal a efetividade do comando judicial após a Reforma do CPC implementada em 1994 e, acrescentamos, que se tornou ainda mais intensa em 2002, com a Lei nº 10.442/02, que deu nova redação ao § 5º do art. 461 e lhe acrescentou o § 6º. Dinamarco pondera que a sentença mandamental é, em verdade, condenatória, sendo que a diferença está no conteúdo da sanção imposta em um segundo momento, na qual se exacerba o fator comando, ou mandamento. *In Instituições de direito processual civil*. Vol. III, 4ª ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 242-245. Pensamos que o juiz tem tanto poder para a efetivação daquelas tutelas que elas são mesmo mandamentais. Ex.: o juiz concede uma tutela específica para a anotação da CPTS ou confecção e entrega das guias do FGTS e do seguro-desemprego, sob pena de *imposição coativa* para o cumprimento, caracterizando crime a desobediência à ordem.

<sup>11</sup>*Apud* Teori Albino Zavascki. *Op. cit.*, p. 147.

<sup>12</sup>E acrescentamos a hipótese do § 7º do art. 273 do CPC, acrescido pela Lei nº 10.444, de 7-5-2002, que trata da fungibilidade entre a tutela antecipada e a cautelar.

<sup>13</sup>*Op. cit.*, p. 9-11.

de típica ação executiva *lato sensu* ou mandamental<sup>14</sup>. De se observar que, com a Lei nº 10.444/2002, que acrescentou o art. 461-A e seus parágrafos ao CPC, tal consideração pode também ser aplicada à ação que tenha por objeto a entrega de coisa.

#### 4 NOVA CONCEPÇÃO

Em seguida o ilustre professor da UFRS propõe uma nova concepção para que se possa classificar de forma adequada a tutela jurisdicional e, por via de consequência, as ações. Assim é que dicotomiza a tutela em *definitiva e provisória*, argumentando que o inciso XXXV do art. 5º da CF assegura não apenas uma tutela reparatória ou sancionatória para os casos de lesão a direito individual, mas também uma tutela preventiva, para que se evite a ocorrência da lesão: tutela da ameaça a direito.

Por certo que a tutela-padrão é a definitiva, que tem duas características básicas: 1ª) é prestada no âmbito de um processo cuja cognição é exauriente; 2ª) assume caráter de definitividade<sup>15</sup>, adquirindo a qualidade de coisa julgada material.

Para bem compreender tal assertiva, temos de recorrer à valiosíssima obra de Kazuo Watanabe, na qual ele classifica a cognição em dois planos distintos<sup>16</sup>:

1º) no plano horizontal: a) cognição plena – em que o objeto da demanda se

estende à integralidade do conflito de interesses, presente na típica ação de conhecimento, ou melhor, no procedimento comum ordinário; b) cognição limitada – na qual o objeto da demanda envolve apenas parte do conflito, é limitado, como ocorre nas ações de rito especial (ex.: embargos de terceiro, ação possessória, de consignação em pagamento);

2º) no plano vertical: a) cognição exauriente – completa, com exame de toda a profundidade do conflito, que pode ocorrer tanto no processo de rito comum (ordinário ou sumário) quanto no de rito especial (ex.: ação de conhecimento típica; ação possessória, de consignação em pagamento, mandado de segurança); b) cognição sumária – superficial, menos profunda, dada a urgência da medida postulada ao Estado-juiz (ex.: todos os casos de antecipação da tutela e de tutela cautelar, como a tutela antecipada, a concessão de liminar em ação de alimentos, em ação cautelar, em ação possessória, em mandado de segurança).

Daí se tem que a tutela definitiva é dada após cognição exauriente, no plano da profundidade do exame do conflito, seja no processo de cognição plena seja no processo cujo objeto é limitado. Essa tutela, após o trânsito em julgado, adquire a qualidade da coisa julgada material, ou seja, seus efeitos substanciais se tornam imutáveis, exatamente

<sup>14</sup>*Idem*, p. 13. Teori Albino Zavascki, portanto, não distingue se a ação prevista no art. 461 do CPC é mandamental ou executiva *lato sensu*, mas de sua exposição se pode entender que considera a tutela específica de obrigação de fazer ou de não fazer como uma medida executiva *lato sensu*, porque nela há cognição e execução a um só tempo. Para Kazuo Watanabe, no art. 461 do CPC o legislador fez uma conjugação dos provimentos mandamental e executivo *lato sensu*, afirmando que através do primeiro o juiz impõe uma ordem ao demandado, que deve ser cumprida sob pena de crime de desobediência, mas sem prejuízo da execução específica, que pode ser obtida por outros meios no procedimento executivo. *Apud* Teori Albino Zavascki, *op. cit.*, p. 147. Entretanto, Dinamarco entende que a ação é mandamental, que ele prefere denominar de condenatória, porque na efetivação das tutelas de obrigação de fazer ou de não fazer as atividades determinadas pelo juiz não têm caráter propriamente executivo, sendo tomadas com a finalidade de pressionar o obrigado ao cumprimento ou para a obtenção do resultado prático equivalente, o que não se trata de execução em sentido técnico. *Instituições...*, p. 246-247. Pensamos que a ação executiva *lato sensu* não comporta a configuração de crime de desobediência, que é próprio do descumprimento de um mandamento, de uma ordem. Ela dá ensejo a medidas coercitivas para o seu cumprimento, ou à reparação por perdas e danos, de tal sorte que assiste razão a Kazuo Watanabe, sendo possível haver tutela mandamental ou executiva *lato sensu* na ação prevista no art. 461 do CPC, dependendo do comando judicial exarado para o cumprimento da obrigação.

<sup>15</sup>*Op. cit.*, p. 17-18.

<sup>16</sup>*Da cognição no processo civil*, p. 111-121.

porque se obteve um juízo de certeza sobre os fatos, que permitiu ao juiz tomar a decisão e conceder a tutela pretendida.

Por outro lado, o juízo de certeza que se busca na tutela definitiva pressupõe um tempo de análise incompatível com certas situações de urgência<sup>17</sup>, para as quais deve haver providências preventivas no sistema jurídico, que propiciem a antecipação dos efeitos daquela tutela. Essa tutela de urgência, porque dada num tempo menor de reflexão, com base num *juízo de verossimilhança*<sup>18</sup>, será por isso meramente *provisória*. A cognição para o seu deferimento deve ser *sumária, superficial*, como ocorre nos casos de antecipação de tutela (processo de cognição plena) e concessão de liminares (processo de cognição limitada).

Daí se conclui que a tutela provisória, embora imprescindível para assegurar a efetividade do processo, tem: a) eficácia limitada no tempo, sendo, portanto, *temporária*, durando enquanto tramitar o processo principal (cautelar) ou o processo em que é dada (tutela antecipada), ou até que se dê o atingimento de seu objetivo (convolação do arresto em penhora); b) e é *precária*, porque não faz coisa julgada, podendo ser modificada ou revogada a qualquer tempo, havendo mudança no estado de fato ou no estado da prova<sup>19</sup>.

## 5 ESPÉCIES DE TUTELA PROVISÓRIA

Vimos que as espécies de tutela provisória são: a) tutela cautelar; b) e tutela antecipada.

No que se diferenciam, no entanto? Calamandreí já tinha identificado três situações

de risco à efetividade da prestação jurisdicional definitiva, na análise das ações cautelares. Mas Galeno Lacerda propôs uma classificação que é mais consentânea com o sistema jurídico brasileiro, levando em conta a finalidade das cautelares, da seguinte forma: a) cautelares para segurança quanto à prova; b) cautelares para segurança quanto aos bens (execução); c) e cautelares para segurança mediante antecipação provisória da prestação jurisdicional<sup>20</sup>.

Para a primeira situação são necessárias medidas que contornem o risco à produção da prova, necessária para a futura certificação do direito, surgindo as medidas cautelares com essa finalidade (ex.: exibição de documento ou coisa, produção antecipada de provas)<sup>21</sup>. Para a segunda mister cautelares que garantam a futura execução (ex.: arresto, seqüestro, busca e apreensão). Entrementes, na terceira situação há necessidade de medidas para a tutela da situação de perigo à fruição do próprio direito, razão pela qual se falava em cautelares satisfativas (ex.: alimentos provisionais, sustação de protesto e diversas outras cautelares inominadas).

Nessa última hipótese temos, em verdade, casos de *autêntica antecipação dos efeitos da tutela definitiva*, porquanto a medida tem caráter satisfativo, dando-se ao autor, ainda que provisoriamente, a oportunidade de satisfazer, fruir ou exercer seu afirmado direito, diante do perigo de dano ao próprio direito, principalmente pela demora da prestação jurisdicional definitiva.

A ilação é de que a ação cautelar visa dar garantia a um outro processo, a assegurar

<sup>17</sup>Dinamarco observa que há situações urgentes em que não se pode esperar pela realização de todo o conhecimento judicial, com a efetividade do contraditório, defesa, prova e discussão da causa, sob pena de os fatos evoluírem para a consumação de situações indesejáveis, de lesão irreparável ou comprometedora dos direitos. E acrescenta que para remediar as situações aflitivas é que se criaram as medidas de urgência: tutela jurisdicional antecipada e tutela cautelar. *Instituições...* Vol. I, p. 160-161.

<sup>18</sup>Teori Albino afirma que o juízo de probabilidade, de verossimilhança, de aparência, de *fumus boni iuris*, próprio da tutela provisória, é mais apropriado à salvaguarda da presteza necessária a garantir a efetividade da tutela. *Op. cit.*, p. 32.

<sup>19</sup>Teori Albino Zavaski. *Op. cit.*, p. 33-39.

<sup>20</sup>Apud Luiz Felipe Bruno Lobo. *A antecipação dos efeitos da tutela de conhecimento no direito processual civil e do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 141-145.

<sup>21</sup>Lobo inclui nas cautelares quanto à prova a justificação, o protesto, a notificação e a interpelação, mas segundo a melhor doutrina não se tratam de medidas cautelares. Manoel Antonio Teixeira Filho diz que são providências de índole administrativa. *As ações cautelares no processo do trabalho*. 3ª ed., São Paulo: LTr, 1993, p. 302.

o resultado útil do processo principal, ao passo que a medida antecipatória proporciona a satisfação antecipada do direito, no curso do próprio processo em que é dada. No dizer de Ovídio A. Baptista da Silva, as medidas cautelares proporcionam segurança para a execução, enquanto as medidas antecipatórias propiciam execução para segurança<sup>22</sup>. E agora tais medidas provisórias têm regime procedimental diverso, a despeito do quanto disposto no § 7º do art. 273 do CPC<sup>23</sup>.

Outrossim, a liminar em sede de mandado de segurança tem natureza jurídica de antecipação da tutela, como se verá mais adiante, razão pela qual vamos traçar um quadro comparativo das tutelas de urgência, que compreendem não somente as medidas liminares e antecipatórias, mas também as tutelas de mérito da ação cautelar e da ação de mandado de segurança. Vamos, pois, à comparação das tutelas: cautelar, antecipatória e mandamental, para que sejam bem utilizadas e garantam a efetividade da jurisdição.

## 6 QUADRO COMPARATIVO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Nessa comparação das tutelas de urgência, necessária se torna a análise da natureza jurídica de cada uma delas, das hipóteses de seu cabimento, de qual órgão judiciário tem competência para o conhecimento da medida, dos requisitos ou pressupostos para o seu deferimento, da prova para a obtenção da tutela, do procedimento aplicável, da medida liminar, do momento processual em que pode ser deferida, da natureza jurídica da decisão, dos recursos que podem

ser interpostos contra a decisão, da coisa julgada e, por fim, da execução ou cumprimento da medida. É o que faremos.

### 6.1 Natureza jurídica

#### a) ação cautelar

A ação cautelar, por óbvio, trata-se de uma ação, cuja finalidade é a de assegurar o resultado útil de um outro processo. Mas, na classificação quinária de Pontes de Miranda a ação cautelar tem a natureza jurídica de ação executiva *lato sensu*<sup>24</sup>, porque no bojo do mesmo procedimento, da mesma ação, o juiz conhece da matéria que lhe é submetida a exame e, caso defira a

medida cautelar, executa-a imediatamente. Há, pois, cognição e execução nos mesmos autos. Exemplo típico de ação cautelar, onde se constata o acerto dessa teoria, é a cautelar específica de arresto.

#### b) tutela antecipada

De todos sabido que a natureza jurídica da tutela antecipatória é de decisão interlocutória. Não é ação, haja vista que somente se concede tutela antecipada na ação de conhecimento em curso. E é uma decisão interlocutória porque a cognição para o seu deferimento é sumária e por isso ela não é medida definitiva, mas provisória.

Afirma a doutrina que a tutela antecipada foi concebida com uma finalidade científica, qual seja, a de purificação do processo cautelar<sup>25</sup>, já que a satisfatividade não é característica própria da tutela concedida neste. A tutela antecipada se presta à satisfação do direito ameaçado de lesão, sendo, assim, medida satisfativa.

*“Afirma a doutrina que a tutela antecipada foi concebida com uma finalidade científica, qual seja, a de purificação do processo cautelar, já que a satisfatividade não é característica própria da tutela concedida neste. A tutela antecipada se presta à satisfação do direito ameaçado de lesão, sendo, assim, medida satisfativa.”*

<sup>23</sup>Apud Teori Albino Zavascki. *Op. cit.*, p. 43. Em verdade a distinção clássica é lição de Pontes de Miranda, como observa o próprio Ovídio Baptista da Silva em sua festejada obra *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 90.

<sup>24</sup>Dinamarco observa a relatividade da distinção entre as tutelas antecipatórias e cautelares. *Instituições...*, I, p. 163.

<sup>25</sup>Teori Albino Zavascki. *Op. cit.*, p. 15. Para Ovídio A. Baptista da Silva a ação cautelar, na generalidade dos casos, tem índole mandamental. *Op. cit.*, p. 40 e 219.

<sup>26</sup>Teori Albino. *Op. cit.*, p. 45.

Mas, como se sabe, essa segmentação das espécies de tutela foi relativizada com a introdução do § 7º ao art. 273 do CPC, que prevê a possibilidade de concessão de tutela cautelar em lugar da tutela antecipada. Se o autor pede como tutela antecipada uma medida que, na verdade, tem natureza cautelar, o juiz, presentes os requisitos, defere essa medida nos autos principais, sem remeter o autor à ação própria<sup>26</sup>. E, como observa Dinamarco, não há fungibilidade em uma só mão de direção<sup>27</sup>, o que significa afirmar que também pode haver concessão de tutela antecipada em sede de ação cautelar<sup>28</sup>.

### c) mandado de segurança

Mandado de segurança é uma ação. Que espécie de ação? Ação de natureza constitucional<sup>29</sup>, segundo a doutrina praticamente unânime. O *mandamus* é uma garantia fundamental prevista no art. 5º, incisos LXIX e LXX da Constituição, nominando-o alguns autores de remédio constitucional.

Hely Lopes Meireles afirma que é uma ação de natureza civil<sup>30</sup>. Ocorre que,

segundo a tutela pretendida ou a carga de eficácia da medida, ela tem natureza mandamental. Na multicitada classificação quinária temos que a ação de segurança é uma ação mandamental porque nela o juiz conhece a matéria restrita à existência de um direito líquido e certo e, caso o encontre provado de plano, já profere uma ordem para que seja cumprida imediatamente, por uma autoridade pública ou por uma autoridade privada investida de função pública<sup>31</sup>. Essa ordem tem de ser cumprida, sob pena de crime de desobediência. Por isso ela tem essa carga de eficácia muito maior, uma carga mandamental, recorrendo-se à idéia de mandamento: cumpra-se!

De acordo com o pensamento de Teori Albino Zavascki, o mandado de segurança tem natureza cautelar quando impetrado contra decisão judicial, tendo em vista que sua finalidade é preservar o direito ao devido processo legal<sup>32</sup>, isto é, assegurar o resultado útil do provimento esperado no processo em que proferida a decisão que, aos olhos do impetrante, é ilegal ou abusiva de seu direito líquido e certo.

<sup>26</sup>Exemplo: o autor ajuíza uma ação pedindo verbas rescisórias, horas extras, etc. e narra que o réu está dilapidando o seu patrimônio, requerendo uma tutela antecipada para bloquear os bens do réu. Não se trata de tutela antecipada porque a medida postulada não é satisfativa. Ele só quer resguardar a futura execução. O juiz, recorrendo ao princípio da fungibilidade, defere a medida cautelar nos mesmos autos, ou seja, nos autos principais.

<sup>27</sup>*A reforma da reforma*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 92. Cândido Rangel Dinamarco fala em duplo sentido vetorial da fungibilidade entre as medidas de urgência. *Op. cit.*, p. 94.

<sup>28</sup>Exemplo: o autor ajuíza uma ação de arresto e pede para que sejam pagos os salários atrasados porque está passando por necessidades inadiáveis. Essa providência não é cautelar, haja vista que se trata de medida satisfativa e, portanto, é uma providência de natureza antecipatória. De modo que o juiz pode conceder, nos autos da ação cautelar, a tutela antecipada para evitar lesão irreparável ao direito do autor. Agora, o que fazer com aquela ação cautelar? A doutrina não explica. Pensamos que o juiz pode, de ofício, “transformar” a cautelar em ação de rito ordinário ou sumário, neste último caso se preenchidos os requisitos próprios do art. 852-B da CLT, tendo em vista que aquela ação nada tem de cautelar. O juiz pode, então, receber a ação cautelar como ação principal para tornar desnecessária a propositura de outra ação (art. 806 do CPC). É o que o juiz faz quando recebe um recurso no lugar de outro, aplicando o princípio da fungibilidade. Somente assim se terá, na prática, a fungibilidade entre a tutela cautelar e a tutela antecipatória.

<sup>29</sup>Teori Albino. *Op. cit.*, p. 190.

<sup>30</sup>*Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”*. 15ª ed. atual. por Arnoldo Wald, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 21.

<sup>31</sup>Cassio Scarpinella Bueno assinala que onde houver delegação de função pública (concessão, permissão, autorização ou outra forma de trespasse da atividade pública ao particular) se torna cabível mandado de segurança contra o ato de autoridade, que é a pessoa que detém poder de decisão. “Daí a admissibilidade, pela jurisprudência, de mandados de segurança contra dirigentes de escolas particulares ou de particulares prestadores de serviços públicos” (art. 209, II, da CF; Súmula 510 do STF). *Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 18.

<sup>32</sup>E cita o caso de interposição de apelação, recebida apenas no efeito devolutivo, sendo cabível, para ele, o mandado de segurança para a obtenção do efeito suspensivo ao recurso. *Op. cit.*, p. 122-128. Citamos a função cautelar do mandado de segurança no processo do trabalho, quando impetrado contra decisão interlocutória, que é irrecurível de imediato, como a decisão que não concede liminarmente a reintegração de dirigente sindical.



## 6.2 Cabimento

### a) ação cautelar

Para se saber quais as hipóteses de cabimento da ação cautelar temos de recordar qual é a finalidade dessa ação. Já vimos que na classificação de Calamandrei e Galeno Lacerda há cautelar para prevenir uma situação de perigo à prova ou para preservar uma situação quanto à futura execução. Essas são as medidas *tipicamente cautelares*, pois que não há falar em cautelar satisfativa no estágio atual do processo, porquanto aquela cautelar que era denominada de satisfativa hoje se consubstancia em novo instituto, o da tutela antecipada. De modo que cabe ação cautelar para assegurar a produção da prova ou para preservar a futura execução.

Também para a obtenção de efeito suspensivo a recursos a doutrina e jurisprudência majoritárias entendem que, tecnicamente, o meio adequado é o ajuizamento de ação cautelar com esse fim<sup>33</sup>. Cabível ainda a ação cautelar para se obter a suspensão da execução da sentença rescindenda em ação rescisória, tendo em vista que esta não suspende o trâmite executivo (art. 489 do CPC), conquanto Teori Albino admita a concessão de tutela antecipada com esse escopo, já que a medida não é genuinamente cautelar<sup>34</sup>. Muito pelo contrário, ela antecipa os efeitos pretendidos na própria ação:

em regra, impedir a execução do julgado, com a desconstituição da coisa julgada que confere força executiva à sentença.

### b) tutela antecipada

Na investigação de quais são as hipóteses de cabimento de tutela antecipada não tratamos de pressupostos ou de requisitos para o seu deferimento, mas da finalidade da tutela antecipada. A sua finalidade é a de evitar lesão ao direito. Por isso mesmo a primeira hipótese de cabimento está inscrita no inciso I do art. 273 do CPC – evitar grave lesão, de impossível ou incerta reparação, ao direito. Se houver fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ao direito material, cabe a antecipação da tutela<sup>35</sup>. A doutrina fala em *tutela antecipada de urgência* para esta espécie.

Mas cabe a antecipação da tutela também em outras hipóteses, quando restar caracterizado o abuso do direito de defesa do réu, quando houver um manifesto intuito protelatório do réu, ou seja, em todos os casos de litigância de má-fé. Aplicam-se aqui, portanto, todas as hipóteses do art. 17 do CPC, já que as condutas maliciosas ali descritas se enquadram perfeitamente no gênero abuso do direito de defesa. Em sede doutrinária o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (inciso II do art. 273 do CPC) fundamentam a concessão da *tutela de evidência*<sup>36</sup>.

<sup>33</sup>Tanto é assim que Teori Albino assinala que a jurisprudência do STF e do STJ se inclinam por admitir ação cautelar inominada para a obtenção de efeito suspensivo a recurso de natureza extraordinária (RE ou RESP). *Op. cit.*, p. 133. E essa é a orientação do TST (OJ 51 da SDI-II).

<sup>35</sup>*Op. cit.*, p. 187-189.

<sup>36</sup>Exemplos: 1) o trabalhador foi despedido e não recebeu nem mesmo as verbas de natureza rescisória, está com dívidas no supermercado, na farmácia e não tem dinheiro para comprar comida e alimentar os filhos – a demora na concessão da tutela de pagamento daquelas verbas pode ocasionar dano irreparável ou de difícil reparação. A providência jurisdicional é uma medida de urgência, portanto. 2) O dirigente sindical foi dispensado arbitrariamente às vésperas de uma negociação coletiva em que ele era a pessoa mais indicada para o debate coletivo. A urgência se faz presente e se o juiz não determinar a sua imediata reintegração o dano à coletividade de trabalhadores pode ser irreparável. 3) Se o juiz não concede a tutela para obstar a transferência abusiva de um empregado e ele tem de suportar todas as despesas relativas à mudança, ao que se soma o transtorno de tirar a família do lugar onde mora, as crianças da escola, o dano sofrido será irreparável ou de improvável reparação. Enfim, toda vez que se está diante de uma situação de perigo de dano grave ao direito, numa situação de urgência, cabível se torna a concessão de tutela antecipada. Neste ensaio não tratamos em separado, pois, das espécies de tutela antecipada: de obrigação de dar (art. 273 do CPC) e específica de obrigação de fazer ou não fazer (art. 461 do CPC). Até porque o art. 659 da CLT se refere a *medida liminar* para esses dois últimos exemplos (do dirigente sindical e da transferência), embora se tratem de medidas antecipatórias.

<sup>36</sup>Isso porque não há falar nesses casos em situação de urgência para a medida, que é dada diante da evidência de que o direito vindicado é bom e precisa ser atendido, tanto que o réu está apenas a protelar a satisfação desse direito, fato que deve ser coibido prontamente pelo juiz, zelando assim pela dignidade da justiça.

Cabe também a antecipação quando houver incontrovérsia a respeito de determinado pedido, nos moldes do § 6º do art. 273 do CPC, ao que poderíamos chamar de *tutela da incontrovérsia*<sup>37</sup>.

E é cabível inclusive em ação rescisória, se houver perigo de dano de irreversibilidade da execução da sentença, para se obter a suspensão daquela execução, segundo Teori Albino Zavascki, conforme já exposto quando tratamos da cautelar. O mestre da UFRS entende que é caso de tutela antecipada porque o autor da ação rescisória pretende antecipar o provimento final daquela ação. O efeito que ele busca na ação rescisória é impedir a execução, desconstituindo a coisa julgada que dá certeza ao título executivo. Como o autor não visa resguardar o resultado útil de outro processo, mas a antecipação dos efeitos da decisão rescisória, trata-se de medida antecipatória a que concede o pedido de suspensão da execução. No entanto, a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que não cabe tutela antecipada em sede de ação rescisória, afirmando que o procedimento correto é o ajuizamento de ação cautelar a fim de se pleitear que seja suspensa a execução em curso.

### c) mandado de segurança

No estudo das hipóteses de cabimento do mandado de segurança temos de investigar qual a sua finalidade. O mandado de segurança, como é sabido, visa a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato ilegal ou abusivo de autoridade pública ou de autoridade privada no exercício de função pública delegada (concedida, permitida ou autorizada)<sup>38</sup>.

Mas o art. 5º da Lei nº 1.533/51<sup>39</sup> dispõe que não cabe mandado de segurança contra ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, de despacho ou de decisão judicial quando haja recurso previsto em lei ou possa ser modificado por via de correição parcial e, ainda, de ato disciplinar, salvo se praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de alguma formalidade essencial.

Desse rol, o mais importante para o processo do trabalho é o inciso II<sup>40</sup> – não cabe mandado de segurança de despacho ou de decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição. Correição parcial, como todos sabem, é uma medida administrativa que é utilizada quando o juiz comete um erro de procedimento grave e que causa um verdadeiro tumulto ao andamento do processo<sup>41</sup>. Além dessa hipótese,

<sup>37</sup>O réu não nega que deixou de pagar os salários ou as verbas rescisórias ou até confessa que não os pagou – trata-se de uma hipótese clara para a concessão de tutela antecipada. Infelizmente os advogados não têm percebido essa situação e não formulam requerimento de antecipação da tutela da incontrovérsia.

<sup>38</sup>Por isso que a jurisprudência no processo civil admite o cabimento de mandado de segurança contra ato do diretor de escola privada, porque a educação é uma função do Estado e como este não tem condições de dar educação para todos, autoriza as escolas particulares a funcionar (art. 209, II, da CF). Essa é uma função pública autorizada. E em todas as funções públicas permitidas ou concedidas também caberá o mandado de segurança contra ato de autoridade.

<sup>39</sup>O E. TST, em sua SDI-II, tem algumas orientações jurisprudenciais importantes a respeito de mandado de segurança. São elas: OJ nºs 50, 51, 58, 60, 62, 63, 64, 65, 67, 88, 92, 93, 98, 120, 127, 137, 139, 140 e 142. Também é relevante a OJ nº 4 do Tribunal Pleno.

<sup>40</sup>Com a ressalva de que o inciso I, diante das novas competências da Justiça do Trabalho introduzidas pela EC nº 45/2004, que agora pode conhecer das ações relativas às penalidades administrativas impostas pelos órgãos de fiscalização do trabalho (inciso VII do art. 114 da CF), por exemplo, dos mandados de segurança impetrados contra ato de Delegado Regional do Trabalho, ganha importância na seara trabalhista. De tal modo que, não cabendo mandado de segurança contra ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo e, havendo uma penalidade imposta pela DRT, mas sendo cabível no caso recurso com efeito suspensivo na via administrativa, não será cabível mandado de segurança. Trata-se de uma boa questão para os concursos públicos.

<sup>41</sup>Sergio Pinto Martins afirma que a natureza jurídica da correição parcial é de incidente processual, tratando-se mais de um procedimento administrativo, para restabelecer a boa ordem processual. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 426-427.

se a decisão também pode ser impugnada por recurso não cabe mandado de segurança<sup>42</sup>.

Ainda a respeito do cabimento do mandado de segurança, Teori Albino Zavascki pondera que também é cabível para assegurar o direito ao devido processo legal na fase recursal, como já exposto em nota anterior. Se o recurso não tem efeito suspensivo e o recorrente esperar o trâmite processual para o julgamento do seu recurso pode ver seu direito perecer. O estado de perigo de lesão ao seu direito é tal que ele necessita de uma tutela de urgência. Terá de interpor o recurso e impetrar mandado de segurança ou aforar ação cautelar<sup>43</sup> para a obtenção de liminar que conceda o efeito suspensivo ao recurso. Se ele não recorrer não terá direito à liminar. Pensamos que essa situação pode ocorrer tanto no procedimento administrativo quanto no processo judicial.

### 6.3 Competência

#### a) ação cautelar

Neste passo se torna importante saber quem tem competência para conceder medida liminar em ação cautelar. Pois bem, o juízo competente é o que processa a causa principal ou, em se tratando de medida cautelar preparatória, o juízo<sup>44</sup> que seria competente para conhecer da ação principal, a teor do art. 800, *caput*, do CPC. Mas se já houve a interposição de recurso, a

competência funcional passa a ser do tribunal (parágrafo único do mesmo dispositivo). Qual juiz, no tribunal, tem competência para deferir a liminar cautelar? A doutrina afirma que competente é o juiz relator do recurso.

Porém, surgem nesse tema duas situações que precisam ser enfrentadas: 1ª) ainda não houve a interposição de recurso e a parte precisa de uma medida liminar na fase recursal; 2ª) já houve a interposição do recurso, mas os autos ainda não subiram ao tribunal<sup>45</sup> e, portanto, ainda não se tem relator. Quem é o juiz competente nessas duas situações?

De acordo com uma interpretação sistemática do *caput* com o parágrafo único do art. 800 do CPC, se ainda não houve a interposição de recurso o juízo competente para conceder a liminar é o de primeira instância, porque a locução do dispositivo fala que “interposto” o recurso a competência passa a ser do tribunal.

De quem é a competência se os autos nem subiram?<sup>46</sup> Poder-se-ia argumentar que seria cabível uma outra ação cautelar para resguardar o resultado daquele primeiro processo, pedindo-se ao presidente do tribunal que faça uma distribuição imediata a fim de se saber logo quem é o relator que vai apreciar aquele recurso interposto e, por via de consequência, a medida cautelar a ser requerida. Ou ainda que caberia mandado

<sup>42</sup>Aqui surge um problema no processo do trabalho: as decisões interlocutórias são irrecorríveis de imediato e, assim, poderiam desafiar mandado de segurança. Porém, somente será cabível a ação de segurança contra a decisão judicial se houver violação de um direito líquido e certo da parte, o que nem sempre é fácil de se demonstrar, como se verá mais adiante.

<sup>43</sup>O meio adequado é a ação cautelar, conforme fundamentos já expendidos.

<sup>44</sup>Dinamarco explica que competência de juízo é a quantidade de jurisdição cujo exercício se atribui a um órgão específico na estrutura do Judiciário ou a órgãos da mesma espécie, pertencentes à mesma Justiça, localizados no mesmo grau de jurisdição e ocupando a mesma base territorial. *Instituições...*, I, p. 547.

<sup>45</sup>Antes da EC nº 45/2004 havia ainda a hipótese de os autos estarem no tribunal mas não ter havido distribuição. Mas agora, de acordo com o inciso XV do art. 93 da CF, acrescido pela referida EC, “a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição”.

<sup>46</sup>Manoel Antonio entende que, apesar de interposto o recurso, mas estando os autos ainda em primeiro grau e havendo necessidade de uma medida cautelar (de urgência), a competência será do juiz de primeira instância. *Op. cit.*, p. 210. Divergimos desse posicionamento porque afronta a norma do parágrafo único do art. 800 do CPC, que estabeleceu uma competência funcional, em razão da necessidade de se conformar o resultado do processo principal, sujeito à revisão pelo tribunal diante do recurso interposto, com a medida cautelar que vise garantir sua eficácia, como bem explanou Paulo Afonso Garrido de Paula. *Código de processo civil interpretado*. Antonio Carlos Marcato, coordenador. São Paulo: Atlas, 2004, p. 2232.

de segurança para que haja imediata distribuição, com o mesmo desiderato.

Antes da EC nº 45 poderia ser aplicado, por analogia, o art. 68 da Lei Complementar nº 35/79, segundo o qual, quando havia férias coletivas nos tribunais<sup>47</sup>, não havendo distribuição e, portanto, não se sabendo quem era o relator, quem apreciava as medidas de urgência era o presidente do tribunal ou qualquer outro juiz que estivesse exercendo, naquele momento, a presidência do tribunal, seja mandado de segurança, tutela antecipada ou medida cautelar. Destarte, se o recurso não foi distribuído porque os autos nem subiram, aplicando-se por analogia o teor desse dispositivo<sup>48</sup>, pode a parte requerer a tutela cautelar ao presidente do tribunal ou a quem estiver exercendo a presidência naquele momento. E essa providência também pode ser aplicada para os casos de ação cautelar em que se postula a concessão de efeito suspensivo ao recurso interposto, quando os autos ainda não tiverem subido ao tribunal.

#### **b) tutela antecipada**

Para a tutela antecipada temos idêntica situação<sup>49</sup>. Na falta de previsão legal, o correto é aplicar por analogia o art. 800 e seu parágrafo único do CPC. De modo que o juízo que aprecia o requerimento de tutela antecipada é o que está conhecendo do processo em curso. Se já prolatou a sentença e não houve interposição de recurso é ele ainda o juízo competente. Se já houve a interposição de recurso, a competência funcional passa a ser do tribunal. Do relator do processo (OJ nº 68 da SDI-II do TST) ou do presidente do tribunal, naquela situação

em que o recurso ainda não foi distribuído porque os autos nem subiram.

#### **c) mandado de segurança**

De quem é a competência em mandado de segurança? Essa matéria era simples no processo do trabalho, pois bastava invocar o art. 678, I, “b”, “3”, da CLT, tendo em vista que neste processo somente era cabível mandado de segurança contra ato judicial. E, assim, era óbvio que a competência funcional para conhecer de mandado de segurança era do tribunal, em sua composição plenária, em seções especializadas ou ainda em suas turmas ou câmaras.

Agora, após a EC nº 45/04, também cabe mandado de segurança contra ato de autoridade pública ou de autoridade privada no exercício de função pública na Justiça do Trabalho (incisos IV e VII do art. 114 da CF) e a competência funcional será, nesses casos, do juízo de primeira instância porque não há disposição expressa no sentido de que a competência seja dos tribunais, que é extraordinária<sup>50</sup>. Em tais casos, então, juízo competente será aquele que puder conhecer da matéria, nos limites de sua competência territorial.

### **6.4 Pressupostos**

#### **a) ação cautelar**

Na averiguação dos requisitos ou pressupostos se analisa o que é necessário para que o autor consiga a tutela cautelar, a tutela antecipada ou a liminar em mandado de segurança.

Para a tutela cautelar ele precisa demonstrar o binômio clássico *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. O *fumus boni*

<sup>47</sup>Depois da EC nº 45 a atividade jurisdicional passou a ser ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau (inciso XII do art. 93 da CF, acrescentado pela Emenda).

<sup>48</sup>Não vamos analisar aqui a recepção ou não do citado dispositivo. Apenas observamos que há quem entenda que o recesso da Justiça Federal comum e do trabalho, por não se tratar de férias, continuará existindo e, assim sendo, o teor do art. 68 da LC nº 35/79 poderá ser aplicado nos casos de medidas de urgência requeridas durante o recesso.

<sup>49</sup>Teori Albino também sustenta esse posicionamento, afirmando ser aplicável no caso o teor do art. 800 e parágrafo único do CPC. *Op. cit.*, p. 121 e 123.

<sup>50</sup>Dinamarco aponta que a competência originária dos órgãos de primeiro grau (varas) é ordinária; a dos tribunais, extraordinária. *Instituições...*, I, p. 548.

*iuris* nada mais é do que a plausibilidade do direito, a possibilidade de que aquele sujeito seja titular do direito material a ser satisfeito. Portanto, diz respeito ao direito material. No entanto, em sede de ação cautelar não há necessidade alguma da prova do direito material<sup>51</sup>, havendo apenas de se fazer uma referência a esse direito, porquanto basta uma plausibilidade, uma possibilidade de que ele exista.

Já o *periculum in mora* concerne à situação de perigo a que está sujeito esse direito, indiretamente, diante da ameaça à sua prova ou à futura execução. E por isso é o mais importante pressuposto da medida cautelar. Entrementes, não significa perigo de demora do processo principal<sup>52</sup>, não tendo exata correspondência com a demora, com a liturgia do rito comum do processo. Até porque em alguns ritos sumários, especialmente no processo do trabalho, o trâmite processual pode ser rápido<sup>53</sup>. Ocorre que é o perigo de dano àquela situação de fato determinada que se torna necessário acautelar. Há um perigo de perda da prova ou de perda dos bens que compõem o patrimônio do réu e o autor precisa de uma providência

jurisdicional de urgência para antecipar a produção da prova ou para represar os bens do réu imediatamente. O *periculum in mora* diz respeito justamente a esses fatos: o fato de perigo de perda do direito à prova ou de perigo de extravio dos bens do réu.

#### **b) tutela antecipada**

Quanto à tutela satisfativa, os pressupostos são os seguintes: a verossimilhança da alegação e a prova inequívoca. Verossimilhança da alegação corresponde ao direito material. Portanto, não basta uma mera plausibilidade do direito, pois em sede de tutela antecipada se exige um pouco mais, isto é, exige-se que a alegação do direito material seja parecida com a verdade, ou muito próxima desta<sup>54</sup>. E também se faz necessária uma prova inequívoca da situação de fato que causa perigo de dano ao direito<sup>55</sup>. De tal modo que, em se tratando de antecipação de tutela não basta a mera plausibilidade do direito<sup>56</sup>, por se tratar a antecipação de uma medida satisfativa, e por isso a prova deve ser robusta, convincente, mas a respeito da situação de perigo e não do direito material, para o qual é suficiente uma verossimilhança de que exista.

<sup>51</sup>Não há necessidade de o trabalhador demonstrar seu direito ao pagamento das verbas rescisórias ou das horas extras. Basta que ele alegue que trabalhou, foi dispensado e junte cópia da CTPS anotada ou de recibos de pagamento, para que se tenha uma plausibilidade de que não recebeu aquelas verbas. Ovídio Baptista da Silva assevera que, por se tratar o *fumus* de mera verossimilhança do direito invocado, em sede cautelar não há necessidade de prova irretorquível e incontroversa desse direito. *Op. cit.*, p. 121.

<sup>52</sup>Novamente Ovídio, apontando o erro de Calamandrei, quando este sustentou que o perigo de dano era derivado do retardamento de um provimento jurisdicional definitivo, ou seja, que o *periculum* só deriva da morosidade do procedimento comum, ou melhor dizendo, da morosidade com que se conseguiria o provimento definitivo. *Op. cit.*, p. 34.

<sup>53</sup>O processo de rito sumaríssimo na seara trabalhista, por exemplo, por vontade do legislador seria resolvido em 15 dias, no máximo em 45 dias (arts. 852-B, III e 852-H, § 7º, da CLT), e nele não haveria necessidade de medida cautelar, portanto.

<sup>54</sup>Uma cópia da CTPS anotada (com baixa do contrato) e do aviso prévio sem justa causa já demonstram a verossimilhança da alegação de que as verbas rescisórias não foram pagas.

<sup>55</sup>Se o trabalhador está passando necessidades, tem contas do supermercado ou da farmácia a serem pagas, ou está com sua conta bancária “negativa” e isso demonstra ao juiz, já produziu a tal prova inequívoca da situação de fato que causa perigo de dano, e de dano irreparável, diga-se de passagem, ao seu direito material.

<sup>56</sup>Como explica Teori Albino, diferentemente do que ocorre no processo cautelar, no qual há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados, a antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de uma relativa certeza quanto à verdade dos fatos. E a respeito da prova inequívoca pondera que, o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta, que não existe, mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade. *Op. cit.*, p. 76. Acrescentamos: o juiz que exigir prova inequívoca jamais concederá tutela antecipada. Em verdade, nunca terá condições de prolatar sentença também, já que prova inequívoca simplesmente não existe. O documento pode ser falso, a testemunha pode mentir, ou se equivocar.

### c) mandado de segurança

Em sede de mandado de segurança, o pressuposto é a existência de um direito líquido e certo. Esse direito líquido e certo é aquele que pode ser comprovado de plano. Por isso não há dois pressupostos no mandado de segurança, exatamente porque o direito somente será líquido e certo se dele houver prova cabal. Na cautelar temos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, na antecipação de tutela temos a verossimilhança e a prova inequívoca, mas no mandado de segurança nem se fala de prova como pressuposto porque nele a prova é pré-constituída. A prova é documental, portanto, para a demonstração do pressuposto único do mandado de segurança: a existência do direito líquido e certo. Essa expressão por si só já é completa, porquanto só há liquidez e certeza se o direito for provado de plano, através de um documento.

Hely Lopes Meireles formulou uma definição de direito líquido e certo que nos parece insuperável. Para ele direito líquido e certo é aquele manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e exercitável desde logo<sup>57</sup>.

## 6.5 Prova

### a) ação cautelar

Qual é a prova que se exige para a concessão de tutela cautelar? A prova do fato que causa perigo de dano ao direito, ou melhor dizendo, a prova do fato que causa *perigo de mudança da situação fática*. A função da cautelar é preservar uma situação de fato. O direito material pode ficar inviabilizado pela perda da prova a ele correspondente. Daí a necessidade de se preservar a prova, assegurando-se a sua produção antecipada. Ou há risco de o direito

material não ser satisfeito se não se assegurar os bens no patrimônio do réu para a futura execução. Essa prova não é robusta porque a cautelar não é satisfativa. A prova cautelar, portanto, é uma prova indiciária. De modo que na ação cautelar a dilação probatória não diz respeito ao fato que demonstra a existência do direito material, porque deste basta uma mera plausibilidade.

O *periculum in mora*, que corresponde ao perigo de dano à prova ou à futura execução, tem de ser demonstrado já para a obtenção da liminar. Se o juiz não se convence do fato afirmado, pode exigir uma justificação prévia antes mesmo de citar o réu porque, em boa parte das vezes, a citação inviabiliza a efetivação da tutela cautelar. Mas não pode perder de vista que basta uma cognição sumária do fato. E não deve o juiz ter grande receio com a irreversibilidade porque a medida é uma tutela eminentemente provisória e assegurativa de uma situação de fato, diferentemente da tutela antecipada, que é satisfativa.

### b) tutela antecipada

Já em sede de tutela antecipada, reiterando o quanto afirmado anteriormente, a prova tem de subir um pouco mais na *escada de exigência*. Aqui a prova tem de ser inequívoca, mas, como inequívoca nunca será, terá de ser uma prova robusta. Prova de quê? Prova do perigo de dano ao direito. Se não se executar a medida antecipatória o direito sofrerá a lesão temida, talvez de forma irreversível. Por isso que se faz urgente a concessão da tutela e ela será mesmo satisfativa. No dizer de Ovídio Baptista da Silva, nas medidas antecipatórias se executa para propiciar segurança àquela situação de perigo de lesão ao direito, conforme nota no início deste ensaio. Repetindo o quanto

<sup>57</sup>*Op. cit.*, p. 25-26. Exemplo: dirigente sindical reclamando no mandado de segurança a sua reintegração, juntando cópia do estatuto do sindicato, da ata de eleição e posse, da notificação disso ao empregador e do aviso prévio em que foi comunicado de sua dispensa. O direito é líquido e certo porque ele é manifesto na sua existência, tendo em vista a comprovação de que o autor é dirigente sindical e foi dispensado sem justa causa, tendo direito à reintegração. Ele é delimitado na sua extensão porque na ata de eleição e posse consta o período do mandato do dirigente, ainda em curso. E ele é exercitável desde logo, tendo o autor direito de ser reintegrado imediatamente. Isso é direito líquido e certo.

já afirmamos, o que se exige, então, em sede de tutela antecipada é a produção de uma prova robusta, convincente, mas a respeito da situação de perigo e não do direito material, para o qual é suficiente uma verossimilhança de que exista.

### c) mandado de segurança

No mandado de segurança, a prova vai subir mais ainda na *escada de exigência*. É uma prova pré-constituída<sup>58</sup>. Não há dilação probatória em sede de mandado de segurança, salvo em uma única hipótese: quando o documento que dá suporte ao mandado se encontra em poder da autoridade coatora ou em poder de qualquer outra autoridade que se nega a fornecê-lo por certidão – art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51. Somente nessa hipótese cabe produção da prova no curso da ação mandamental.

Finalizando a questão da prova, vimos que, preenchidos os pressupostos para a concessão da medida, há uma *escada de exigência* para a sua prova em juízo (graus de exigência), na exata conformidade da medida postulada. Para a cautelar, pressupostos menos rígidos e prova indiciária. Para a tutela antecipada, requisitos um pouco mais exigentes e uma prova robusta. Para o mandado de segurança, num grau mais elevado, direito líquido e certo, comprovado de plano, admitindo-se apenas a prova documental. Há, portanto, uma gradação dos pressupostos e da prova conforme a tutela. As tutelas são todas de urgência, mas a situação que se preserva com a cautelar não permite a satisfação do direito material, pois a medida é meramente acautelatória. Para a tutela antecipada, por ser medida satisfativa, os requisitos são mais

rígidos e a prova deve ser robusta. E no mandado de segurança, onde tem de ser provado direito líquido e certo, que raramente existe no sistema jurídico, tem de haver uma prova plena, exibida de plano.

## 6.6 Procedimento

### a) ação cautelar

O processo cautelar tem rito próprio (Livro III do CPC). Na Justiça do Trabalho, na prática, se tem adotado um procedimento híbrido, mesclando-se regras da CLT e do CPC. Mas o procedimento correto, por não se tratar de uma ação trabalhista típica,

é o do Código de Processo Civil (arts. 800 a 804 do CPC). Na ação cautelar se reclama uma medida de urgência. O juiz, então, não pode designar audiência para somente nesta apreciar o pedido de liminar. Atentando para a natureza da medida, o juiz deve analisar o pedido, deferir ou não a medida liminar, determinar a sua efetivação em caso de deferimento e que após seja citado o réu para apresentar contestação em secretaria, no prazo de cinco dias. Se houver necessidade de produção de provas, aí sim

designará audiência, com a maior brevidade possível, “encaixando” o processo em pauta, porque se trata de medida de urgência. E, tão logo possa, deve decidir o mérito da ação cautelar. De sorte que não se mostra correto o juiz deixar a cautelar para ser julgada juntamente com o processo principal, nem no processo civil nem no processo do trabalho.

### b) tutela antecipada

A tutela antecipada não tem procedimento próprio porque é requerida no curso de uma ação. Havendo requerimento de

*“No mandado de segurança, a prova vai subir mais ainda na escada de exigência. É uma prova pré-constituída. Não há dilação probatória em sede de mandado de segurança, salvo em uma única hipótese: quando o documento que dá suporte ao mandado se encontra em poder da autoridade coatora ou em poder de qualquer outra autoridade que se nega a fornecê-lo por certidão – art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51.”*

<sup>58</sup>De se ver a OJ nº 52 da SDI-II do TST.

tutela antecipada, o juiz pode analisar e conceder a tutela *inaudita altera parte* ou preservar o contraditório, citando o réu<sup>59</sup> e o intimando para se manifestar no prazo de cinco dias, para depois decidir pela concessão ou não da tutela antecipada. Então, a antecipação de tutela se dá no curso normal do procedimento, porque se trata de decisão interlocutória. E a tutela antecipada pode ser requerida a qualquer tempo, como se verá mais adiante.

### c) mandado de segurança

O mandado de segurança também tem um rito próprio, que é especial<sup>60</sup>. O rito da ação de segurança é o da Lei nº 1.533/51 (arts. 6º a 12), aplicando-se o CPC nas suas lacunas. O juiz concede ou não a liminar, notifica a autoridade coatora para prestar informações no prazo de dez dias (art. 1º da Lei nº 4.348/64) e determina a citação do litisconsorte necessário, que é o beneficiário do ato, este para contestar no prazo de dez dias. Havendo ou não esclarecimentos e contestação, dá-se vista ao Ministério Público pelo prazo de cinco dias<sup>61</sup> e o juiz decide nos cinco dias seguintes, nos termos dos arts. 7º, 10 e 19 da citada lei.

Uma questão importante: as informações da autoridade coatora são pessoais? Imaginem-se as seguintes situações: a autoridade coatora foi transferida, por exemplo, o Delegado Regional do Trabalho que praticou o ato; o juiz era um substituto que

depois do ato foi designado para outra vara ou comarca; o juiz titular se removeu ou foi promovido para o tribunal. Diante dessas situações temos que não pode restar dúvidas quanto a não serem as informações pessoais<sup>62</sup>. Portanto, as informações devem ser prestadas pelo órgão: DRT, vara. Ou melhor, as informações têm de ser prestadas pelo juízo em se tratando de ato judicial ou pelo órgão em se tratando de ato administrativo.

Outra questão: há revelia se as informações não são prestadas? Há, pois revelia é a falta de contestação<sup>63</sup>. O que não se tem são os efeitos da revelia porque a matéria é exclusivamente de direito, de um direito líquido e certo. Como a prova deste é documental e pré-constituída, não há falar em efeitos da revelia (presunção de veracidade dos fatos afirmados)<sup>64</sup>, embora o juízo ou a autoridade coatora que não presta informações seja revel<sup>65</sup>. Se não prestadas as informações pela autoridade até o décimo dia contado de sua notificação, preclusa estará a sua oportunidade de influir no convencimento do juiz que irá julgar o mandado de segurança. Então, somente não se poderá falar nos efeitos da revelia, já que o juiz terá de verificar a existência ou não de direito líquido e certo, que pode não existir ou não estar provado de plano, a despeito da falta de informações. Há ainda a possibilidade de revelia do litisconsorte necessário (o beneficiário do ato), cuja citação é

<sup>59</sup>Dinamarco. *Instituições...*, I, p. 163.

<sup>60</sup>Teori Albino. *Op. cit.*, p. 191.

<sup>61</sup>Registramos aqui uma preocupação: com a competência ampliada da Justiça do Trabalho o juiz terá de ouvir em todos os mandados de segurança o Procurador Regional do Trabalho, que tem a prerrogativa de intimação pessoal com remessa dos autos. Ocorre que os procuradores estão lotados na cidade que abriga a sede dos TRT's, com raras exceções de regionalização ou interiorização. Mesmo assim, haverá sedes das procuradorias apenas nas cidades maiores, sedes de circunscrição. Isso será um verdadeiro entrave à tramitação de processos em que se reclamam providências de urgência. E uma solução terá de ser pensada.

<sup>62</sup>Para Carlos Henrique Bezerra Leite as informações são pessoais, salvo na hipótese de o juiz não estar mais exercendo suas funções no juízo em que tomou a decisão. *Mandado de segurança no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999, p. 65.

<sup>63</sup>Dinamarco observa que há casos nos quais o efeito da revelia não se aplica apesar da omissão do réu, mas revel ele será e suportará as outras consequências de sua omissão, sempre que deixar de responder à demanda inicial. *Instituições...*, III, p. 456.

<sup>64</sup>Admitindo confissão ficta em mandado de segurança, Hely Lopes Meirelles. *Op. cit.*, p. 64-65.

<sup>65</sup>Mas há entendimento de que não há revelia em mandado de segurança, porque a autoridade coatora é apenas informante, que deve prestar esclarecimentos ou informações e não defesa.



obrigatória (art. 19 da Lei nº 1.533/51, c/c o art. 47 e parágrafo único do CPC)<sup>66</sup>, mas desse fato também não decorre a confissão ficta, pelos motivos já expostos.

## 6.7 Liminar

### a) ação cautelar

Primeiramente, precisamos ter uma noção clara do que é o instituto da liminar. Toda vez que estamos a estudar um instituto temos de saber do que se trata, qual a sua natureza jurídica. Pois bem, liminar é antecipação provisória do provimento final<sup>67</sup>. Na liminar de alimentos provisionais se antecipa a concessão dos alimentos e depois a sentença confirma essa decisão. Na liminar cautelar se preserva aquela situação de fato e depois a sentença a confirma. Também na liminar do mandado de segurança se determina que um ato seja desfeito ou a suspensão dos efeitos do ato ilegal ou abusivo, e depois a sentença a confirma, concedendo a segurança. Em toda e qualquer liminar há uma antecipação provisória do provimento final.

Destarte, na ação cautelar a liminar é concedida em cognição sumária, superficial, porque ela é tutela provisória que tem caráter temporário, que será substituída por uma medida definitiva, dada pela sentença cautelar, mas que também existirá somente enquanto durar o processo principal, a teor do art. 808, inciso III, do CPC. Findo o processo principal, não há mais falar em efeitos da ação cautelar.

### b) tutela antecipada

A medida de tutela antecipada é satisfativa. Mas, embora se trate de antecipação dos efeitos da tutela de fundo,

pensamos que não é simplesmente uma medida liminar<sup>68</sup>. A tutela antecipada pode ser concedida a qualquer tempo, até mesmo na fase recursal ou na fase executiva, enquanto a liminar, via de regra, é entregue no início da relação jurídico-processual, antes ou depois da citação do réu.

E, como vimos, a sua concessão se dá após cognição sumária, dado o seu caráter provisório, porque será confirmada por outra decisão ou revogada (art. 273, §§ 4º e 5º, do CPC)<sup>69</sup>.

### c) mandado de segurança

A liminar em mandado de segurança, assim como as liminares em ação de despejo, em ação possessória, é antecipação provisória do provimento final. É medida provisória, precária, dada em cognição sumária, mas sempre no início do procedimento, antes ou depois da citação.

Menciona o art. 7º, inciso II, da Lei nº 1.533/51 que o juiz pode conceder a liminar para suspender o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida somente a final. Por essa razão que a liminar em mandado de segurança tem natureza jurídica de *tutela antecipada*<sup>70</sup>, porquanto presentes o perigo de demora e, conseqüentemente, a urgência da medida, a liminar será concedida para que o direito líquido e certo seja imediatamente satisfeito.

## 6.8 Momento processual

### a) ação cautelar

A liminar na ação cautelar é concedida no início da relação jurídico-processual.

<sup>66</sup>Teori Albino. *Op. cit.*, p. 127-128.

<sup>67</sup>Para Teori Albino liminar será o provimento que atende, em caráter provisório, parcial ou integralmente, o que o autor pede como provimento definitivo. *Op. cit.*, p. 163-164.

<sup>68</sup>Em sentido contrário, Teori Albino Zavascki. *Op. cit.*, p. 164-165.

<sup>69</sup>No processo do trabalho a CLT menciona a concessão de *medidas liminares* para obstar transferência abusiva ou para a reintegração de dirigente sindical, nos incisos IX e X do seu art. 659. Mas sabemos que se tratam de hipóteses de antecipação da tutela de mérito.

<sup>70</sup>Teori Albino. *Op. cit.*, p. 193. Em igual sentido, Dinamarco. *Instituições...*, I, p. 161.

Mas a ação cautelar pode ser ajuizada enquanto durar o processo principal, de acordo com o art. 808, inciso III, do CPC. Ela pode ser preparatória ou incidental, mas nessa hipótese enquanto tramitar o processo principal. A cautelar inominada pode ser utilizada na fase recursal para se obter efeito suspensivo em recurso interposto, que não tenha previsão legal desse efeito (OJ nº 51 da SDI-II do TST). Aqui ela tem função tipicamente cautelar porque não é satisfativa, visando apenas resguardar o resultado útil de outro processo, já que a obtenção do efeito suspensivo ao recurso tem como finalidade evitar que a lesão ao direito se efetive. Essa função tipicamente acautelatória pode ser buscada em todo e qualquer recurso, de natureza ordinária (apelação, recurso ordinário) ou extraordinária (recurso extraordinário, recurso especial, recurso de revista).

#### **b) tutela antecipada**

O momento processual para a concessão de tutela antecipada precisa ser identificado conforme a hipótese de cabimento, ou seja, de acordo com a espécie de tutela. Na hipótese do inciso I do art. 273 do CPC (tutela de evidência), ela pode ser concedida desde o ajuizamento da ação, quando houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Mas nas hipóteses do inciso II e do § 6º do mesmo dispositivo só pode ser deferida depois da oportunidade de defesa. Não há como investigar manifesto propósito protelatório do réu, abuso do direito

de defesa ou até incontrovérsia enquanto não fluir o prazo de resposta.

Mas a tutela antecipada é uma medida especial porque pode ser concedida em vários momentos depois do prazo de resposta do réu. O juiz verificando melhor ou até verificando pela primeira vez o requerimento de tutela antecipada na audiência em prosseguimento, e diante de prova inequívoca da situação de perigo e de verossimilhança da alegação, concede a tutela antecipada<sup>71</sup>. Ou na audiência em prosseguimento verifica que há incontrovérsia sobre os fatos e antecipa os efeitos da tutela<sup>72</sup>. Pode ocorrer ainda de na sentença ele verificar essa incontrovérsia, o perigo de dano ao direito e conceder, incidentalmente na sentença, a tutela antecipada. Isso porque a sentença é um título condenatório que depende ainda do trânsito em julgado, ao passo que aquela providência de tutela antecipada incidental (no bojo da sentença) se trata de um título executivo precário<sup>73</sup>, mas exequível desde logo.

A tutela antecipada também pode ser deferida na fase recursal porque a situação de urgência não tem hora marcada para acontecer<sup>74</sup>. Se não há recurso interposto, o juiz de primeira instância aprecia o requerimento. Em tendo sido interposto o recurso, a competência será do tribunal, conforme já expusemos, de tal forma que pode haver antecipação de tutela até mesmo no tribunal. E pode haver concessão de tutela antecipada até na fase de execução<sup>75</sup>. Destarte,

<sup>71</sup>Para pagamento de salário, de verbas rescisórias, para entrega de guias, anotação de CTPS etc.

<sup>72</sup>Por exemplo, quanto à relação de emprego, mandando o empregador anotar a CTPS, depositar o FGTS e proceder à entrega de guias para saque desta verba e requerimento do seguro-desemprego.

<sup>73</sup>Quando atuamos na Vara do Trabalho de Matão tivemos a oportunidade de, na sentença, conceder tutela antecipada para que determinado município depositasse o FGTS imediatamente na conta vinculada do servidor, porque ele precisava dessa providência de urgência para comprar a sua casa própria. E consignamos na sentença que aquele título (precário) era exequível independentemente da remessa necessária ou de recurso interposto pela parte contrária, bastando ao advogado requerer a extração de cópias do processo para a formação de autos suplementares, a fim de que o título fosse executado. Não se trata, pois, de execução provisória, já que a tutela é satisfativa. Por isso a alteração do § 3º do art. 273 do CPC, para evidenciar que a execução da tutela antecipada deve ser completa.

<sup>74</sup>Quando o trabalhador foi dispensado ainda tinha como se manter, mas na fase recursal não: a sentença demorou tanto que ele já não tem mais provisões para o seu sustento e de sua família, precisando, assim, da tutela antecipada para a execução imediata dos efeitos condenatórios da sentença.

<sup>75</sup>Basta imaginar aquela liquidação de sentença que não acaba nunca. A situação de urgência pode surgir nessa fase ou até depois, quando iniciada a execução propriamente dita.

a tutela antecipada pode ser concedida em qualquer momento processual<sup>76</sup>, por se tratar de medida satisfativa.

### c) mandado de segurança

Já em caso de mandado de segurança o momento processual é singular, pois há um prazo fatal, decadencial, de 120 dias para que a ação seja ajuizada. A partir de quando se conta esse prazo? A partir do momento em que o titular do direito líquido e certo teve ciência da sua violação (art. 18 da Lei nº 1.533/51)<sup>77</sup>. Na contagem desse prazo, como ocorre na contagem de prazo prescricional, exclui-se o dia do início e inclui-se o dia do vencimento. Mas, se esse vencimento se der em sábado, domingo ou feriado, não há prorrogação para o primeiro dia útil subsequente<sup>78</sup>, porquanto não se trata de prazo processual, por serem decadência e prescrição institutos de direito material.

## 6.9 Decisão de mérito

### a) ação cautelar

Existe decisão de mérito em ação cautelar? Essa é uma grande discussão doutrinária. E tem como premissa a seguinte questão: há ou não há mérito na ação

cautelar? Pensamos que sim. A cautelar tem mérito próprio, que é a situação de ameaça ao direito à produção da prova ou à pretensão assecuratória do patrimônio do réu para a futura execução. A pretensão de acautelar aquela situação de perigo é o mérito da ação cautelar<sup>79</sup>. E por isso mesmo o juiz não pode deixar para julgar a cautelar junto com a ação principal, na mesma sentença<sup>80</sup>, até porque na ação cautelar se busca uma tutela de urgência.

Daí porque se nos afigura correta a posição doutrinária no sentido de que a ação cautelar tem mérito próprio, que é a situação de urgência que imprime uma necessidade de assegurar, de resguardar aquela situação de fato para a produção da prova ou para a futura execução. Esse é o mérito da cautelar, estampado na pretensão formulada. A pretensão é a de resguardar a situação de fato para preservar o resultado útil de outro processo. De modo que o perigo está mais ligado ao mérito da ação cautelar do que às condições da ação, na lição de Ovídio Baptista, exposta em nota anterior.

A cognição na decisão de mérito, na decisão de fundo da cautelar, é uma cognição

<sup>76</sup>Teori Albino também sustenta a possibilidade de a tutela antecipada poder ser concedida na fase recursal ou quando já instaurada ação de execução da sentença ou de título executivo extrajudicial, pois havendo oposição de embargos os atos executivos ficam suspensos (art. 739, § 1º, do CPC). *Op. cit.*, p. 81-82.

<sup>77</sup>De se ver o teor da OJ nº 127 da SDI-II do TST.

<sup>78</sup>Cassio Scarpinella Bueno aponta que, justamente por se tratar de prazo decadencial, não pode haver qualquer espécie de dilação, não se podendo falar em prorrogação ou suspensão do prazo. *Op. cit.*, p. 145-146.

<sup>79</sup>Ovídio Baptista da Silva sustenta haver mérito na ação cautelar, ou um direito substancial de cautela, razão pela qual o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* não se tratam de condições da ação, mas do próprio mérito da ação cautelar. E acrescenta que, a se pensar de maneira diversa, a decisão do juiz que declara não estarem presentes tais requisitos seria decisão de conteúdo processual (extinção do processo sem julgamento do mérito), o que possibilitaria a repetição da mesma lide, com base nos mesmos fatos e nos mesmos fundamentos jurídicos, conclusão essa que ele considera inaceitável. *Op. cit.*, p. 228-230. Em sua valiosa obra sobre as tutelas de urgência, José Roberto Dantas Oliva também defende a idéia de que o *periculum* e o *fumus* são expressão do próprio mérito da ação cautelar. *Tutela de urgência no processo do trabalho*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 29-30. Em sentido contrário Manoel Antonio, para quem não há mérito na ação cautelar simplesmente porque sua sentença não se reveste das eficácias de imutabilidade e indiscutibilidade, não gerando o fenômeno da coisa julgada material. *Op. cit.*, p. 282-283. Ora, o que dizer então das sentenças prolatadas nas relações jurídicas continuativas (art. 471, I, do CPC): são sentenças de mérito ou não?

<sup>80</sup>Imaginemos a seguinte situação: o juiz concedeu a liminar, apreendeu os bens do réu e este demonstrou exaustivamente na instrução que não está dilapidando o seu patrimônio. Ocorre que seus bens estão arrestados. Se o juiz deixar para apreciar o requerimento de revogação da medida na sentença e resolver julgar o processo cautelar junto com o principal, que pode estar ainda no início do seu curso, estará prejudicando o réu. E mesmo que o réu não tenha demonstrado situação diversa daquela em que se baseou o juiz para o deferimento da liminar, a falta de decisão sobre o mérito cautelar inviabiliza o direito daquele à interposição de recurso. Portanto, em última instância, *ferre o devido processo legal* o ato do juiz que deixa para julgar a ação cautelar junto com a ação principal.

aprofundada, em que o juiz aprofunda o exame da matéria, com investigação dos fatos após o contraditório, verificando as provas produzidas para decidir a pretensão assecuratória daquela situação de fato.

#### **b) tutela antecipada**

Em sede de tutela antecipada a decisão será sempre provisória, porque a decisão de mérito é a do próprio processo, dada na sentença. Se não há um processo próprio para a tutela antecipada, se ela é concedida no bojo de um processo, de rito comum ou especial, não há falar em decisão de mérito quando se trata de antecipação de tutela. Tanto que a medida será confirmada na sentença ou no acórdão, conforme o momento processual em que concedida.

#### **c) mandado de segurança**

Já no mandado de segurança, a cognição de fundo, a sentença do mandado de segurança se dá após uma cognição exauriente<sup>81</sup>, em que o juiz examina e verifica se aquela prova documental é lícita e identifica um direito líquido e certo, ou seja, se há ou não o afirmado direito. A decisão é, portanto, de mérito. Direito líquido e certo, assim, não é condição da ação mandamental<sup>82</sup>. Se a pretensão dessa ação é resguardar ou proteger referido direito, este é intrínseco à própria pretensão, é o próprio mérito da ação de mandado de segurança.

Nessa cognição exauriente, se o juiz entende cabível a proteção ao direito, confirma a segurança dada em liminar (ou a concede pela primeira vez), para que a autoridade coatora abstenha-se de praticar determinado ato (mandado de segurança preventivo), para que desfaça um ato que já

praticou ou para que sejam suspensos os efeitos do ato, enfim, para que seja cessada a ilegalidade ou o abuso de poder.

### **6.10 Recursos**

#### **a) ação cautelar**

Em ação cautelar, da decisão sobre o pedido de liminar cabe agravo de instrumento no processo civil. No processo do trabalho não cabe nenhum recurso porque é decisão interlocutória (art. 893, § 1º, da CLT). Se a decisão ferir direito líquido e certo cabe mandado de segurança. Se houver tumulto processual, cabe correição parcial. Lembremos que mandado de segurança e correição parcial não são recursos. Tratando-se de ação cautelar de competência originária do TRT cabe agravo regimental.

Da sentença de mérito da ação cautelar cabe apelação no processo civil. No processo do trabalho recurso ordinário.

#### **b) tutela antecipada**

Contra a decisão que concede ou não tutela antecipada, no processo civil, cabe agravo de instrumento. No processo do trabalho nenhum recurso porque é decisão interlocutória. Mais uma vez, se a decisão ferir direito líquido e certo cabe mandado de segurança.

Se a tutela for concedida na sentença, Teori Albino entende que é cabível a interposição de agravo de instrumento contra a decisão interlocutória proferida incidentalmente no ato formal da sentença<sup>83</sup>, ainda que o recurso adequado no caso seja a apelação, que também deve ser interposta. No processo do trabalho, veja-se a OJ nº 51 da SDI-II do TST.

<sup>81</sup>Em sentido contrário Cândido R. Dinamarco, para quem a cognição no mandado de segurança e nos processos cautelares é superficial, sumária e não exauriente. *Instituições...*, III, p. 39.

<sup>82</sup>Cassio Scarpinella Bueno observa com propriedade que é necessário analisar a fundamentação da sentença da ação mandamental para se verificar se houve ou não decisão de mérito, porque se a sentença acabou por entender inócua o próprio direito reclamado pelo impetrante, o “fundo” de seu direito, é porque, tecnicamente, julgou o “mérito” do mandado de segurança. E nesse caso, em que a sentença não identificou qualquer ilegalidade ou abusividade de poder, não se pode falar que o “direito líquido e certo” se constitui em condição da ação, como afirma a doutrina e a jurisprudências majoritárias. *Op. cit.*, p. 139.

<sup>83</sup>*Op. cit.*, p. 112-113.

### c) mandado de segurança

No mandado de segurança, da decisão sobre o pedido de liminar, no processo civil cabe agravo de instrumento, como afirma Teori Albino<sup>84</sup>. No processo do trabalho não cabe recurso em primeira instância. Da decisão de fundo do mandado de segurança cabe apelação no processo civil e no processo do trabalho recurso ordinário. A diferença que existe em relação à ação cautelar é que na ação de segurança, da sentença que conceder o mandado deve haver remessa necessária – art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51.

Uma nota importante é que, se o mandado de segurança for impetrado no tribunal, no processo do trabalho a decisão que conceder ou não a liminar é recorrível, sendo cabível agravo regimental<sup>85</sup>, embora haja entendimento no sentido de que esse agravo não se trata de hipótese de recurso.

## 6.11 Coisa julgada

### a) ação cautelar

Há coisa julgada na ação cautelar? Para os que entendem que há mérito cautelar, há coisa julgada material. A se entender o contrário, só há falar em coisa julgada formal na ação cautelar<sup>86</sup>.

A doutrina identifica uma hipótese de coisa julgada material. O art. 810 do CPC disciplina que se o juiz pronuncia a decadência ou a prescrição já na ação cautelar, preparatória, portanto, não poderá o autor nem ajuizar a ação principal, porque aquela decisão adquire a qualidade de coisa julgada material.

Fora desse caso, a doutrina majoritária entende que só há coisa julgada formal na sentença cautelar. Mas Calmon de Passos afirma que também há coisa julgada material em outras situações da ação cautelar, como corrobora o quanto disposto no art. 808 e parágrafo único do CPC, segundo o qual cessa a eficácia da medida cautelar: 1º) se a parte não ajuizar a ação principal no prazo de 30 dias, contados da data da efetivação da medida (art. 806); 2º) se não for executada a medida no prazo de 30 dias; 3º) se o juiz declarar extinto o processo principal, com ou sem julgamento de mérito. Parágrafo único: se por qualquer motivo cessar a medida (esses três descritos ou qualquer outro), é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento. Calmon de Passos verifica aqui, pois, situação de coisa julgada material<sup>87</sup>. Então, em regra, a coisa julgada é formal em sede de ação cautelar, salvo nas hipóteses do art. 810 e do art. 808 e parágrafo único, ambos do CPC.

<sup>84</sup>*Idem*, p. 215.

<sup>85</sup>Daí ser precipitado falar que o processo laboral não admite, de forma alguma, recurso de decisão interlocutória. Esse é um exemplo de recorribilidade de interlocutórias na Justiça do Trabalho. Agravo regimental é, assim, recurso que se interpõe contra decisão interlocutória tomada em processos de competência originária dos tribunais, de natureza cautelar, mandamental ou de qualquer outra natureza. Não bastassem os inúmeros recursos previstos em lei, os tribunais também os cria através dos seus regimentos internos. Ver a esse respeito o teor da OJ nº 69 da SDI-II do TST.

<sup>86</sup>Embora entenda que a ação cautelar tem mérito próprio, Ovídio Baptista da Silva não admite a existência de coisa julgada material nessa ação, em razão do caráter mandamental da tutela cautelar, alargando-se a fronteira jurisdicional, para se admitir a existência de jurisdição sem coisa julgada material. *Op. cit.*, p. 235-236. Teori Albino observa que é pensamento firmemente assentado na doutrina o de que a sentença proferida em ação cautelar não produz coisa julgada, dado que as medidas cautelares podem ser modificadas ou revogadas a qualquer tempo. *Op. cit.*, p. 36.

<sup>87</sup>*Apud* Teori Albino Zavaski. *Op. cit.*, p. 36-38. Se o juiz apreciou o mérito da situação de perigo e se convenceu, por exemplo, de que a testemunha não é portadora de grave doença e por isso não é o caso de se produzir antecipadamente a prova, essa decisão, transitada em julgado, adquire a qualidade de coisa julgada material para aquela situação de fato. Não pode o autor ajuizar outra ação cautelar com o mesmo fundamento. Se trouxer fato novo não haverá a triplíce identidade de elementos da ação (partes, causa de pedir e pedido), não se podendo falar em coisa julgada material.

### **b) tutela antecipada**

Nunca haverá coisa julgada em sede de tutela antecipada porque é decisão interlocutória e pode ser revogada a qualquer tempo (art. 273, § 4º, do CPC). A revogação tem eficácia *ex tunc* e o recurso interposto contra esta decisão não suspende os seus efeitos revocatórios (Súmula 405 do STF, por analogia).

### **c) mandado de segurança**

Há coisa julgada material em mandado de segurança? Essa é uma das questões mais complexas e mais polêmicas de tudo quanto já escrevemos até agora.

Expressiva corrente doutrinária entende que direito líquido e certo é condição da ação e não mérito. Portanto, se o juiz decidir que não há direito líquido e certo ou que a liquidez e a certeza do direito não restaram comprovadas, não há decisão de mérito e essa decisão da ação mandamental não impede outra ação, nem mesmo outro mandado de segurança.

Pensamos que temos de fazer uma interpretação lógica e sistemática dos arts. 15 e 16 da lei do mandado de segurança para chegarmos a uma boa conclusão. O art. 15 disciplina: “a decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais”. Há até uma súmula do STF, de nº 304, no sentido de que decisão denegatória de mandado de segurança, que não faça coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria. Se o juiz, ao denegar a segurança na ação mandamental, não apreciou o mérito, sua decisão não impede a impetração de

outro mandado de segurança nem mesmo a busca dos direitos do autor por meio de ação própria. O art. 16 nos parece mais elucidativo: “o pedido do mandado de segurança poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito”.

Da interpretação sistemática desses dispositivos, então, podemos concluir que só cabe outro mandado de segurança, ou até uma ação própria se o juiz não tiver decidido o mérito da ação mandamental. Se o juiz decidiu esse mérito, pelo menos em tese, não caberia nenhuma outra ação com a mesma finalidade.

A pergunta principal que não quer calar é a seguinte: quando é que o juiz decide o mérito da ação mandamental? Quando ele aprecia o direito líquido e certo e profere uma decisão de certeza sobre esse direito, afirmando que ele existe porque está comprovado de plano, ou que ele não existe<sup>88</sup>. Agora, se não há pronunciamento de mérito não há coisa julgada material, apenas coisa julgada formal, como ocorre quando o juiz decide que não há prova inequívoca do direito líquido e certo, ou seja, que não há prova material (documental), pré-constituída, do direito. Essa decisão não é de mérito, não adquirindo qualidade de coisa julgada material<sup>89</sup>. O autor pode impetrar até outro mandado de segurança com a mesma finalidade, desta feita com uma prova pré-constituída do seu afirmado direito. Ou pode ajuizar uma ação própria, porque não há decisão de mérito sobre aquela questão.

Com o devido respeito e acatamento, pensamos que a tese de que direito líquido e

<sup>88</sup>Exemplos: o dirigente sindical comprova que tem mandato ainda por dois anos e que foi dispensado arbitrariamente, demonstrando o seu direito líquido e certo à reintegração – a decisão que isso pronunciar faz coisa julgada material porque houve o julgamento do mérito da própria existência do direito; ou a situação contrária, em que o juiz chega à conclusão que não há direito líquido e certo porque o autor nem é dirigente sindical ou porque já expirou o seu período de estabilidade. Nesse último caso não cabe nenhuma outra ação visando a reintegração, nem mandado de segurança nem ação própria, porque na ação mandamental, após uma cognição exauriente, o juiz identificou que não há o direito líquido e certo afirmado, que o direito inexistente.

<sup>89</sup>Para Cassio Scarpinella Bueno haverá apreciação do mérito do mandado de segurança sempre que se reconhecer ou não a existência do direito afirmado, violado ou ameaçado, pelo impetrante (a existência ou não da ilegalidade ou da abusividade do ato coator), fazendo essa decisão coisa julgada material. Por outro lado, se não houver prova da liquidez e certeza do direito, essa decisão não é de mérito. *Op. cit.*, p. 136-139.

certo é condição da ação corresponde a retirar o mérito da ação mandamental<sup>90</sup>. Se a pretensão é de proteção ao direito líquido e certo é porque o tal direito se constitui no próprio mérito do mandado de segurança.

Demais, se o juiz extinguir o processo por carência da ação, sem julgamento de mérito, só há coisa julgada formal e, portanto, o autor pode impetrar outro mandado de segurança ou ajuizar ação própria.

## **6.12 Execução ou cumprimento**

### **a) ação cautelar**

A execução da cautelar se dá nos mesmos autos em que é deferida a medida porque a cautelar é uma ação executiva *lato sensu*, como já visto, havendo cognição e execução nos mesmos autos, como se dá nas ações cautelares específicas de arresto, busca e apreensão e outras.

### **b) tutela antecipada**

A execução da tutela antecipada deve se dar também nos mesmos autos em que é concedida, salvo quando isso causar tumulto ao andamento do processo, caso em que o juiz deve determinar a formação de autos suplementares. Mas a execução da tutela antecipada deve ser *completa*, porque do contrário a medida não será satisfativa e, como já vimos, tutela antecipada é medida que só tem razão de ser se implementar efetiva satisfação do direito ameaçado de lesão.

Agora, vimos que a tutela de urgência é uma tutela precária, dada em cognição sumária, razão pela qual a antecipação da tutela pode ser modificada ou revogada a

qualquer tempo. Por isso mesmo a decisão que a concede tem a natureza jurídica de um *título executivo precário*. A revogação da tutela tem eficácia imediata e retroativa. Aquele que recebeu valores indevidos tem de devolvê-los, salvo impossibilidade absoluta de fazê-lo, havendo ainda casos em que não se exige a repetição, como ocorre na ação de alimentos<sup>91</sup>, salvo má-fé do autor para a obtenção de decisão favorável<sup>92</sup>.

Havendo antecipação da tutela para o pagamento de salários ou de verbas rescisórias, verbas de natureza nitidamente alimentar, e tratando-se de um título executivo precário essa decisão, temos a seguinte situação: se já foram pagos antes da revogação, não haverá devolução dos valores, salvo hipótese de má-fé; se não foram pagos, não poderá o autor exigir o pagamento se revogada a medida, diante da precariedade do título e porque a revogação tem efeito *“ex tunc”*.

### **c) mandado de segurança**

A execução do mandado de segurança também se dá nos mesmos autos, mas de uma forma diferente. Há a expedição de um ofício à autoridade coatora, em que se transmite a ordem judicial que deve ser cumprida imediatamente, sob pena de crime de desobediência. E por isso se diz que a execução no mandado de segurança é imediata, específica ou *in natura*<sup>93</sup>.

Por último, a execução do mandado de segurança pode ser provisória, diante da remessa necessária, havendo ou não interposição de recurso, a teor do art. 12, parágrafo único, da Lei nº 1.533/51. Mas não

<sup>90</sup>Hely Lopes Meirelles assevera que há decisão de mérito em mandado de segurança e, portanto, coisa julgada material, que ocorre quando o juiz afirma a existência ou a inexistência do direito a ser amparado, não fazendo coisa julgada a decisão que denega a segurança por falta de certeza ou de liquidez do direito, bem como a que extingue o processo por carência ou a que indefere desde logo a inicial por não ser caso de mandado de segurança ou por falta de requisitos próprios à impetração. E acrescenta que o impetrante poderá renovar a ação com o mesmo objeto, mas por fundamentos diversos, ou seja, com nova causa de pedir. *Op. cit.*, p. 75-76.

<sup>91</sup>No processo do trabalho já temos uma hipótese semelhante: se no dissídio coletivo a sentença normativa defere reajuste salarial e esse reajuste é pago, ainda que o TST dê provimento ao recurso ordinário interposto não haverá devolução das diferenças salariais pagas.

<sup>92</sup>Teori Albino Zavascki. *Op. cit.*, p. 53.

<sup>93</sup>Hely Lopes Meirelles. *Op. cit.*, p. 68-69.

há necessidade de carta de sentença para esse fim.

## 7 CONCLUSÃO

A título de conclusão podemos reiterar que a *efetividade do processo* agora tem sede constitucional expressa, razão pela qual temos todos nós de promover a concretude dos meios que já existem a nossa disposição, a fim de que o resultado útil do processo seja de fato alcançado.

Nesse tema assume especial relevância o estudo e aplicação correta das tutelas de urgência: ação cautelar, tutela antecipada e mandado de segurança. Por isso procuramos elaborar um quadro comparativo dessas medidas, a fim de facilitar sua compreensão. E o fizemos com a convicção de que, se bem empregadas, essas tutelas promoverão a inclusão social de pessoas que precisam se prevenir de ataques aos seus direitos, mormente quando esses direitos tutelados têm uma função alimentar, como se dá com os salários e verbas rescisórias dos trabalhadores. Outrossim, a correta utilização das tutelas de urgência é uma forma de garantir a própria função jurisdicional do Estado, haja vista que a sociedade

somente confiará na atuação do Poder Judiciário quando este der a devida proteção aos direitos, sobretudo os de foro constitucional, no tempo razoável. Não encontrada essa equação necessária, outras reformas virão, com o risco de poderem colocar em cheque o próprio Estado Democrático de Direito (art. 1º da Magna Carta).

Temos de registrar que as noções básicas desse quadro comparativo foram apresentadas em seminário no Curso de Mestrado em Direito das Obrigações, na UNESP – Universidade Estadual Paulista, no Campus de Franca, na matéria de que é

Docente a Dra. Yvete Flávio da Costa, Mestre e Doutora em Direito Processual Civil pela PUC/SP. E devemos ressaltar ainda que foi a Profª Yvete quem mais nos estimulou à escrita deste ensaio.

Como a matéria é bastante extensa, segue um *quadro comparativo resumido das tutelas de urgência*, em mais uma tentativa de facilitar o estudo conjunto dessas tutelas. Se houver maior atenção às tutelas de urgência por parte de todos os atores jurídicos (juízes, promotores, procuradores e

advogados), já terá valido nosso esforço.

*“A título de conclusão podemos reiterar que a efetividade do processo agora tem sede constitucional expressa, razão pela qual temos todos nós de promover a concretude dos meios que já existem a nossa disposição, a fim de que o resultado útil do processo seja de fato alcançado.”*

	Ação cautelar	Tutela antecipada	Mandado de segurança
<b>Natureza jurídica</b>	ação – tutela cautelar ação executiva <i>lato sensu</i>	decisão interlocutória na ação em curso * purificação do processo cautelar	ação de natureza constitucional, civil (Hely), mandamental nat. cautelar contra decisão judicial * efetividade
<b>Cabimento</b>	3 espécies (G. Lacerda) * em ação rescisória (art. 489 do CPC)  * para efeito suspensivo nos recursos	hipóteses de antecipação: assecuratória ou punitiva (Teori) – art. 273, I e II, do CPC; e na incontrovérsia (§ 6º do art. 273)	art. 5º, Lei nº 1.533/51 – ato de autoridade proteção de direito líquido e certo * direito ao devido proc. legal na fase recursal



	<b>Ação cautelar</b>	<b>Tutela antecipada</b>	<b>Mandado de segurança</b>
<b>Competência</b>	art. 800, CPC <i>caput</i> – juízo da causa par. ún. – tribunal art. 68, LC 35/79	a) juiz – inexistindo recurso b) tribunal (relator) – interposto o recurso	art. 678, I, “b”, “3”, CLT – competência funcional juízo de 1º grau – ato não-judicial
<b>Requisitos ou pressupostos</b>	plausibilidade do direito e perigo de dano ao direito – à prova ou à execução probabilidade dos fatos	verossimilhança e prova inequívoca – juízo de maior certeza acerca dos fatos	direito líquido e certo (Hely) objeto restrito (Teori) * e interposição do recurso – S. 268, STF (Teori)
<b>Prova</b>	do fato que causa perigo de dano ao direito à cautela * just. prévia – art. 804, CPC	prova inequívoca, robusta do fato que causa perigo de dano irreparável ao direito	pré-constituída – documental – do fato constitutivo do direito (Hely) e de sua violação
<b>Procedimento</b>	cautelar, em ação autônoma * art. 273, § 7º, CPC	próprio, no proc. de conhecimento – art. 273, CPC; pedido, defesa, decisão	sumário e especial – Lei nº 1.533/51: 10 dias p/ informações, 5 dias p/ o M. P.; 5 dias p/ sentença
<b>Liminar (antecipação provisória do prov. definitivo)</b>	cautelar – cognição sumária; caráter temporário	satisfativa – cognição sumária; caráter provisório (dirigente sindical, transferência)	antecipação de tutela – cassação ou suspensão do ato (art. 7º, II, Lei nº 1.533/51)
<b>Momento processual</b>	até o fim do proc. principal; p/ se obter efeito suspensivo em RE, RESP, RR, RO e apelação (cautelar inominada)	I – desde o ajuizamento; II e § 6º – desde a resposta * na sentença, na fase recursal, na execução	art. 18, Lei nº 1.533/51 – 120 dias; O. J. 127 da SDI-II do TST
<b>Decisão de mérito</b>	cognição aprofundada sobre a situação de perigo e a necessidade de se assegurar o resultado do proc. principal	cognição sumária – para antecipação da eficácia social, no plano dos fatos (Teori)	cognição exauriente decisão de nat. mandamental – ordem p/ que a autoridade coatora cesse a ilegalidade
<b>Recursos</b>	da sentença – apelação ou RO; da liminar – AI ou mandado de segurança (que não é recurso); no TRT – agravo regimental	agravo de instrumento; no proc. do trab. – mandado de segurança * apelação só c/ efeito devol. (art. 520, VII, CPC) – AI	apelação – art. 12, Lei nº 1.533/51; proc. trab. – RO; da liminar AI – art. 524, CPC (no proc. civil); no TRT – agravo regimental
<b>Coisa julgada</b>	formal (salvo nos casos do art. 808, par. único, e do art. 810 do CPC)	não – revogação a qualquer tempo – art. 273, § 4º, CPC * eficácia imediata e <i>extunc</i> * S. 405 do STF	material – se decidido o mérito (existência ou não do d.); S. 304, STF; formal – carência, extinção do proc. s/ julg. mérito, não haver prova do d.
<b>Execução ou cumprimento</b>	conhecimento e execução nos mesmos autos, sem necessidade de outra ação, ex.: arresto, busca e apreensão	antecipação dos efeitos executivos: nos próprios autos (fazer, não fazer, perigo de dano, entrega de coisa); exceção: em autos suplementares (obrigação de pagar e tumulto processual)	imediata, específica ou <i>in natura</i> – cumprimento da ordem (Hely); execução provisória, sem carta de sentença * na remessa de ofício

## BIBLIOGRAFIA

BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel *et al.* *Teoria geral do processo*. 10ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. vol. I e III, 4ª ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002, São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *A reforma da reforma*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Mandado de segurança no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

LOBO, Luiz Felipe Bruno. *A antecipação dos efeitos da tutela de conhecimento no direito processual civil e do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

LOJO, Mário Vitor Suarez. *Plenitude da Justiça do Trabalho*. Revista LTr, São Paulo, ano 69, nº 01, jan. 2005, p. 93-105.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Direito processual do trabalho: efetividade, acesso à justiça e procedimento oral*. São Paulo: LTr, 1998.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática*

*forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. 15ª ed. atual. por Arnaldo Wald, São Paulo: Malheiros, 1994.

OLIVA, José Roberto Dantas. *Tutela de urgência no processo do trabalho*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Código de processo civil interpretado*. Antonio Carlos Marcato, coordenador. São Paulo: Atlas, 2004.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Vol. IV, 4ª ed., Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *A ação cautelar denominada no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *As ações cautelares no processo do trabalho*. 3ª ed., São Paulo: LTr, 1993.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª ed., Campinas: Bookseller, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2000.